

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née d'un crédit documentaire ou d'une garantie à première demande

Poullet, Yves

Published in:

Banca Borsa e Titoli di Credito

Publication date:

1984

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1984, 'La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née d'un crédit documentaire ou d'une garantie à première demande', *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Numéro 1, p. 48-79.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA SAISIE ARRÊT PAR LE DONNEUR D'ORDRE DE LA CRÉANCE NÉE D'UN CRÉDIT DOCUMENTAIRE OU D'UNE GARANTIE À PREMIÈRE DEMANDE

1. La possibilité pour le donneur d'ordre (1) de saisir-arrêter la créance du bénéficiaire d'une garantie automatique ou à première demande est une des questions les plus controversées parmi celles posées par cette institution bancaire. Cette discussion est souvent l'occasion pour la doctrine de comparer les solutions défendues à ce propos en matière de crédit documentaire, soit pour affirmer l'équivalence des solutions à apporter (2), soit pour dénier tout parallèle (3). Cette comparaison ne facilite pas la tâche, la question de la possibilité pour le donneur d'ordre de saisir-arrêter la créance du bénéficiaire d'un crédit documentaire n'étant pas résolue unanimement. En particulier, le droit français défendait, jusqu'il y a peu, une position différente de celles des pays voisins. Les quelques réflexions qui suivent cherchent à résoudre ces deux questions qui, on le constatera, ne recueillent pas de solutions strictement identiques.

2. La démarche proposée s'énonce comme suit. La réglementation

(1) Nous n'évoquerons pas la question de la saisie-arrêt de la créance née du crédit documentaire ou de la garantie par des tiers, créanciers soit du donneur d'ordre, soit du bénéficiaire. Pour un cas d'application récent, Paris 23 janv. 1981, *D.*, 1981, *J.*, 630, note M. Vasseur.

(2) Ainsi notamment, Aden (der Arrest in den Auszahlungsanspruchs der Garantiebegünstigten durch den Garantie - Auftraggeber, *RIW/AWD*, 1981, 439) conclut: « La protection par des mesures provisoires (du donneur d'ordre) contre des demandes abusives suit pour la garantie et l'accréditif les mêmes règles... »; Cf. dans le même sens, Vasseur (note sous Cass., 14 oct. 1981, *D.* 1981, *J.*, 305): « Une solution dualiste méconnaît l'identité profonde entre le crédit documentaire et la garantie à première demande... » et Kleiner B., *Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderrufliche Akkreditiven*, *S.J.Z.*, 1976, 353.

(3) Ainsi, notamment Van Westphalen (*Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr*, Köln, 1982, 303 et s.) rejette clairement le raisonnement par analogie tenu par certains auteurs allemands dont Aden.

de la saisie-arrêt, dans les différents droits européens où la procédure est reconnue, suppose des conditions de validité uniformes. Or, l'application de ces conditions successivement au crédit documentaire et à la garantie à première demande révèle que la saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance du bénéficiaire née de ces deux mécanismes bancaires ne se fait pas dans les mêmes hypothèses.

1. La saisie-arrêt et ses conditions en droit comparé

3. On distingue deux procédures provisoires rapides qui permettent au donneur d'ordre d'empêcher le bénéficiaire de disposer du montant soit du crédit documentaire, soit de la garantie.

La première, le référé, est générale, n'est pas du ressort exclusif du judiciaire, mais peut être arbitrale (4). Elle aboutit à des décisions variées (5): interdire le paiement, le suspendre, déclarer le non droit du bénéficiaire, etc. Les codes judiciaires français et belge organisent la « procédure de référé » (6) voire la procédure en requête unilatérale (7). A cette procédure correspondent à l'étranger, l'« Injunction » anglo saxonne (8), l'« Einstweilige Verfügung » (9) germanique, le « provvedimento d'urgenza » (10) italien.

(4) Sur le référé arbitral, lire notamm. HERDEGEN M., *Einstweiligen Rechtsschutz durch Schiedsgerichte in rechtsvergleichender Betrachtung*, RIW/AWD, 1981, 304. Lors du 4^e congrès international de l'arbitrage (Moscou, 3-6 oct. 1972), le référé arbitral fut proposé comme solution au problème délicat des garanties contractuelles (à ce sujet, l'exposé de MATRAY, *L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles*, Rev. Banque, 1974, 203).

(5) Sur cette diversité de contenu des décisions de référé, nos réflexions in, La jurisprudence récente en matière de garantie bancaire dans les contrats internationaux dans cette Revue, 1982, I, n° 39, p. 425.

(6) Article 1025 à 1040 du code judiciaire belge; art. 807 et s. du nouveau code de procédure civile français.

(7) Si le président fait droit à la requête, le bénéficiaire, voire le banquier à qui défense a été faite de payer, peut former une demande, cette fois contradictoire, tendant à la rétractation de l'ordonnance de président. (Sur tous ces points, lire L. SIMONT, Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie, Actes du colloque de Tours, Paris, 1981, 488).

(8) L'« interlocutory » ou « temporary » injunction est définie comme suit: « Une injunction est un procès judiciaire par lequel une partie se voit empêchée de faire quelque chose ou, à l'inverse, de faire un acte ou une chose déterminée... L'objet d'un interlocutory injunction est de sauvegarder une situation in statu quo jusqu'au moment où l'affaire pourrait être examinée... » (V^e Injunction, in Halsbury's Laws of England, T. 21, 343, n. 713 et 716).

(9) §§ 935 et s. du Zivil Prozess Ordnung (Z.P.O.); art. 271 et s. du Code de procédure suisse.

(10) Art. 700 du code de procédure civile.

La seconde procédure est une technique plus particulière, elle ressort du judiciaire et a un objet précis: le blocage du paiement d'une créance; elle répond à des conditions de fond déterminées. Il s'agit de la « saisie-arrêt conservatoire » belge ou française (11) de l'« Arrest » germanique (12), du « sequestro conservativo » italien (13). Seule cette seconde mesure retiendra l'attention (14).

4. L'octroi de la procédure de la saisie-arrêt répond dans les divers droits (15) à certaines conditions: une saisie-arrêt suppose:

1) l'existence dans le chef du *saisissant*, en l'occurrence le donneur d'ordre du crédit documentaire ou de la garantie, d'une *créance certaine au moins dans son principe* (15-bis) et exigible. Il s'agit d'une créance du donneur d'ordre contre le débiteur saisi, en l'espèce, le bénéficiaire. Cette créance constitue la cause de la saisie;

2) l'existence dans le chef du *débiteur saisi* d'une créance faisant partie de son patrimoine, *créance contre le tiers-saisi*, c'est à dire le tiers auprès duquel s'effectue la saisie, la banque apéritrice du crédit documentaire ou la banque garante. Cette créance constitue l'objet de la saisie.

Ainsi, l'octroi d'une saisie-arrêt présuppose la reconnaissance de

(11) Articles 1445 et s. du code judiciaire; articles 557 et s. du code de procédure civile français.

(12) § 917 Z.P.O. allemand; §§ 271 et s. du Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz Cf. également les articles 2905 et 2906 du codice civile.

(13) Articles 617 et s. du code de procédure civile. Il semblerait que la jurisprudence anglaise s'oriente vers la reconnaissance d'une procédure similaire.

(14) On renverra à propos de la première procédure à nos réflexions in L'abstraction de la garantie bancaire automatique, Thèse, Louvain-La-Neuve, 1981, n. 341 à 371; cf. également, La garantie bancaire automatique: Présentation de quelques décisions récentes, J.C.B., 1982, I, 653 et s.

(15) Sur les conditions de la saisie-arrêt, lire en droit belge, de Leval G., la saisie-arrêt, Thèse, Liège, n. 14 et s.; du même auteur, Aspects actuels du droit des saisies, J.T., 1980, 625, 645; en droit français, CEZAR-BRU C., HÉBRAUD P., SEIGNOLLE J., ODOUL G., Juridiction du président du tribunal, T.I.: Les ordonnances sur requête, Paris, 1970, n. 728 et s.; en droit allemand, Baumbach-Lauterbach, Z.P.O. Komm., 35^e éd., § 916, 1578 et s.; en droit italien, Rocco U., Trattato di diritto processuale civile, T.V., Torino, 1959, 150 et s.

(15-bis) Même si cette créance est éventuelle. Seul le droit suisse exige que la créance qui fonde la saisie soit une créance existante fondée sur une dette échue. Sur les conséquences de cette particularité suisse en matière de saisie-arrêt du crédit documentaire et de la garantie à première demande, DÖHM J., Mesures conservatoires, dans le cadre des garanties bancaires « à première demande », Schew. Aktiengesellschaft, 1983, p. 66, n. 63.

deux droits de créance, l'un fondant et justifiant la procédure; l'autre, objet de la saisie. La procédure conduit à une indisponibilité pour le débiteur saisi de sa créance contre le tiers saisi. La saisie-arrêt frappe d'indisponibilité la créance que le tiers saisi, la banque, doit au débiteur. Cette indisponibilité s'entend du montant total de la créance saisie et non du montant correspondant à la créance du saisissant. C'est l'opinion que, suivant la jurisprudence (15-ter), tient l'ensemble de la doctrine belge (15-quater) et française (15-quinquies). Tout paiement par le tiers fait au mépris de la saisie-arrêt est inopposable à l'égard du créancier saisissant. Ceci n'interdit pas au débiteur saisi de réclamer consignation des sommes qui lui sont dues ou la nomination d'un séquestre (16).

2. Le crédit documentaire et la garantie à première demande dans une opération du commerce international

5. Toute opération commerciale entraîne des obligations à charge de chaque partie à cette opération. L'opération du commerce international même complexe n'échappe pas à la règle. Qu'elle porte sur une simple fourniture ou, au contraire, sur une opération de construction « clé sur porte », ou « produit en main » voire « profit en main » (17), elle entraîne, à charge de l'exportateur, une obligation que l'on peut globalement qualifier de « facere », à charge de l'importateur, une obligation de « dare », c'est-à-dire de paiement.

Le crédit documentaire, à la différence de la garantie, est conçu chez nous comme un moyen de paiement par excellence (18).

(15-ter) Cass., 12 mai 1975, *J.C.P.*, 1975, IV, 212; Cass. 24 janv. 1973, *D.*, 1973, J., 421, note PREVAULT.

(15-quater) STRANART A.M., *Saisie-arrêts en banques*, Conférence donnée à la Chambre de commerce de Bruxelles, le 2 oct. 1980, 32 et s.; de LEVAL G., *La saisie-arrêt*, n. 132, 201.

(15-quinquies) GLASSON, TISSIER, MOREL, *Droit judiciaire privé*, T. IV, n. 1124; LE SCOT P., note sous Cass. civ., 29 juillet 1947, *J.C.P.*, 1947, II, 3900; etc.

(16) Sur ces différentes conséquences de la procédure de la saisie-arrêt, lire de LEVAL G., op. cit., 187 et s.

(17) Sur cette distinction, lire not., BOON J.A., GOFFIN R., *Les contrats « clé en main »*, Paris, 1981; SALEM M.-SAMSON M.A., *Les contrats « clé en main » et les contrats « produits en main »*, Technologie et vente de développement, Paris, 1979.

(18) CANARIS K.W., *Bankvertragsrecht*, Berlin, 1975, Anm. 502: « L'opération de garantie des banques a, en premier lieu une fonction de sûreté (Sicherungsfunktion): il a pour but d'enlever (abnehmen) au bénéficiaire la charge de certains risques... Cela fonde une certaine parenté (Verwandtschaft) avec l'opération d'accréditif... mais il ne peut cependant être perdu de vue leur différence essentielle à savoir: la garantie à l'opposé de l'accréditif ne sert pas comme moyen de paiement sans argent liquide (als Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehr) et n'a aucune fonction de paiement (Zahlungsfunktion) »; ZAHN J., *Zahlung und Zahlungssicherungen*, Berlin, 3^e éd., 1973, 226; LIESEKE W., *Rechtsfragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, 22; VON WESTPHALEN Graf, *Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Asseunhandel*, W.M., 1981, 295; EBERTH R., *Erscheinungen im Recht und in Praxis des Dokumentenakkreditives in der Bundesrepublik Deutschland und England*, in *Rechtsfragen zum Dokumentenakkreditiv*, Stuttgart, 1976, 223; Comp. les réflexions de KLEINER B., *Bankgarantie*, Zürich, 1979, et nos remarques supra, n. 31; contra KUBLER F., *Feststellung und Garantie*, Thèse, Tübingen, 1967, 189. Aux Etats-Unis, la Lettre de Crédit peut avoir indifféremment une fonction de paiement ou de garantie (à ce sujet, nos réflexions in Thèse citée, n. 104 et s.).

Certes, dans les opérations complexes, le crédit documentaire ne joue qu'un rôle partiel: il se limite souvent à couvrir le paiement des seules fournitures en équipement, matériaux, etc. En même temps, par les documents, il garantit une apparente bonne exécution de ces prestations. En effet, le mécanisme de cette institution exige en principe la remise de « documents » au sens strict, c'est-à-dire de titres ou écrits quelconques dont la teneur ou la qualité de l'émetteur sont par elles mêmes constitutives de présomption de la bonne exécution de l'opération de base.

De tels « documents » s'ils sont facilement envisageables pour l'exportation de produits déterminés (documents de transport, certificats douaniers, certificats de qualité, etc.), sont plus difficiles à déterminer lorsqu'il s'agit de constater l'avancement de travaux et leur qualité. Certes, on pourrait songer au certificat d'un expert mais la question de la désignation d'un tel expert et la définition de sa mission risquent d'être délicates.

Ainsi, l'exportateur réclamera-t-il des moyens de paiement plus « abstraits ». On connaît à ce propos le mécanisme de la clause Isabel (19), clause destinée à faciliter le financement des créances à moyen et à long terme détenues par les exportateurs. Il s'agit d'obliger l'importateur à la remise d'un certain nombre d'effets de commerce dûment signés par lui, effets libellés à des échéances correspondant aux dates imposées par le calendrier de réalisation du contrat. Par la remise de ces effets, l'importateur s'engage définitivement au paiement des montants indiqués, quels que soient les litiges qui pourraient survenir entre les parties contractantes.

ditif ne sert pas comme moyen de paiement sans argent liquide (als Mittel des bargeldlosen Zahlungsverkehr) et n'a aucune fonction de paiement (Zahlungsfunktion) »; ZAHN J., *Zahlung und Zahlungssicherungen*, Berlin, 3^e éd., 1973, 226; LIESEKE W., *Rechtsfragen der Bankgarantie*, W.M., 1968, 22; VON WESTPHALEN Graf, *Neue Tendenzen bei Bankgarantien im Asseunhandel*, W.M., 1981, 295; EBERTH R., *Erscheinungen im Recht und in Praxis des Dokumentenakkreditives in der Bundesrepublik Deutschland und England*, in *Rechtsfragen zum Dokumentenakkreditiv*, Stuttgart, 1976, 223; Comp. les réflexions de KLEINER B., *Bankgarantie*, Zürich, 1979, et nos remarques supra, n. 31; contra KUBLER F., *Feststellung und Garantie*, Thèse, Tübingen, 1967, 189. Aux Etats-Unis, la Lettre de Crédit peut avoir indifféremment une fonction de paiement ou de garantie (à ce sujet, nos réflexions in Thèse citée, n. 104 et s.).

(19) Sur la clause ISABEL, BRABANT A., *Le contrat international de construction*, Bruxelles, 1980, n. 203, 243; DUPIN DE SAINT CYR P., *Les contrats d'exportation*, Paris, 3^e éd., 1978; GAVALDA et STOUFFLET, *La Lettre de Garantie internationale*, R.T.D. comm., 1980, 2, note 3 en particulier.

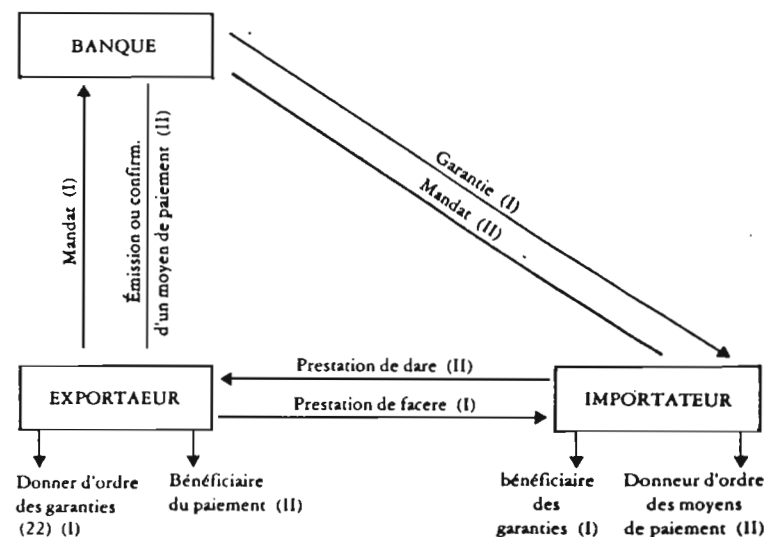
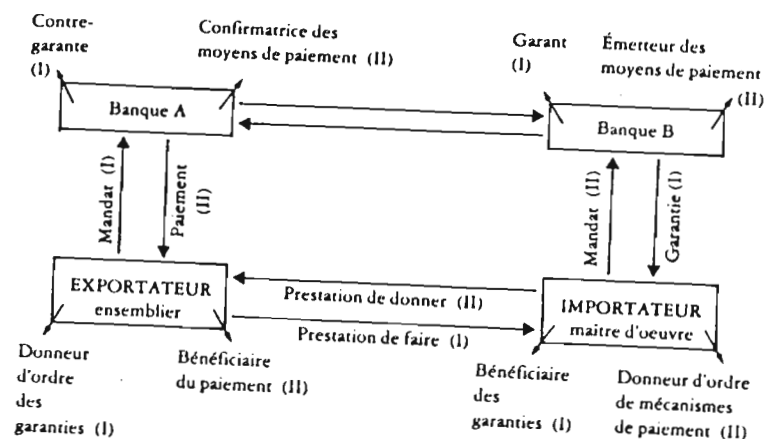
L'exportateur peut également se satisfaire d'une *garantie bancaire de paiement*. Dans la mesure où cette dernière est payable à première demande, elle satisfait le désir de l'exportateur d'obtenir une certitude d'être payé à échéance fixe et sans conteste possible, peu importe les moyens de paiement prévus par le contrat de base.

6. A la différence de la garantie bancaire de paiement couvrant l'obligation de dare, les autres types de garanties bancaires entendent couvrir les prestations de facere de l'exportateur. Il s'agit, pour la période précontractuelle, de la garantie de soumission; pour l'exécution du contrat, des garanties de bonne exécution, de restitution d'acompte et de retenue (20); pour la période postcontractuelle, de la garantie de maintenance.

La délivrance de ces garanties suit donc un schéma inverse de celui mis en place par les mécanismes ou garanties de paiement (21).

(20) Sur les différents types de garanties, notre étude. Définition et présentation des garanties pratiquées en Europe, Actes du Colloque de Tours 20 et 21 juin 1980, Paris, 1981, p. 20 et s. Plus récemment Simont A., Les garanties bancaires à l'exportation, Mémoire, ULB, Bruxelles, 1982, 45 et s.

(21) Nous envisageons le cas d'un schéma simple tripartite. Dans le cas où une seconde banque intervient, nous aurons le schéma suivant:



7. Cette complémentarité des garanties et des mécanismes de paiement est présentée par de nombreux auteurs (23) comme une justification de l'automatisme des garanties. L'automatisme des garanties n'est que la contrepartie de l'automatisme des moyens de paiement, chacune des parties renonçant dans l'immédiat à soulever des objections contre l'exécution des engagements bancaires.

La libellé même de la clause Isabel confirme ce principe: « Les effets souscrits par le débiteur auront le caractère d'effets de commerce librement négociables et constitueront, dès leur remise au vendeur, des engagements irrévocables et inconditionnels de paiement. En consé-

(22) ...à l'exception de la garantie de paiement.

(23) V. notamment les réflexions de Tandeau de Marsac (Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de biens mobiliers corporels, D.P.C.I., 1980, 149 et s., en particulier le n. 14) et celles de Gavalda et Stoufflet (La lettre de garantie internationale, R.T.D. comm., 1980, 2): « On peut voir dans l'exigence des importateurs une réplique à la rigueur dont témoignent depuis longtemps à leur égard les vendeurs... ».

quence, leur paiement à l'échéance ne pourra être retardé ni refusé pour défaut de fabrication ou déficience du matériel livré, ni pour aucun autre motif ».

« En effet, de telles éventualités seront suffisamment couvertes par les garanties de bonne exécution données ».

Ainsi à la rigueur quasi mécanique du crédit documentaire et de ses dérivés, réplique l'exigence de garanties de plus en plus contraignantes, de telle sorte qu'il est possible de réduire la logique de l'opération commerciale internationale à la formule suivante: la rigueur des paiements et l'automatisme des garanties sont devenues causes immédiates réciproques l'une de l'autre, leur cause éminente étant l'équilibre économique final, but ultime de l'opération conclue. Nous aurons l'occasion ultérieurement de souligner les conséquences de ce principe.

3. La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née du crédit documentaire

8. Le donneur d'ordre d'un crédit documentaire peut-il saisir-arrêter entre les mains du banquier apéritur les sommes dues par ce dernier au bénéficiaire? Doctrine et jurisprudence européennes semblaient jusqu'il y a peu divisées (24). Dans un ouvrage récent (25), EISEMANN et BONToux résumaient comme suit la situation: « A la quasi unanimité de la doctrine (et de la jurisprudence) en France en la matière correspond la position diamétralement opposée tant des tribunaux que des auteurs à l'étranger » (26).

(24) Il est vraisemblable que l'arrêt de la Cour de Cassation française dont question infra n. 12 et s. permettra de définir une position européenne unanime.

(25) EISEMANN-BONToux, *Sécurité et précarités du crédit documentaire*, Paris, 2^e éd., 1973, n. 180. Même remarque in EISEMANN-EBERTH, *Das Dokumenten-Akkreditiv im internationalen Handelsverkehr*, 2^e éd., Heidelberg, 1979, 175 et s.

(26) Il nous semble que la position de la doctrine italienne est moins tranchée que le sous-entendent ces auteurs.

En effet, cette doctrine s'est d'abord ralliée aux thèses françaises (MICHELI, *Misure cautelari ed esecutive aventi per oggetto crediti documentari*, dans cette *Revue*, 1960, I, p. 161 ss.).

Elle semble actuellement les abandonner (MOLLE, *I contratti bancari*⁴, Milano, 1978, p. 724 ss; BALOSSINI, *Il credito documentario nelle teorie prevalenti*, PORTALE (a cura di), *Le operazioni bancarie*, II, p. 992).

Quant à la doctrine hollandaise, elle est loin d'être unanime. Sont favorables à la position française: DE ROOY F.P., *Documentaire Kredieten*, Deventer, 1972, 166; PAB-BRUWE H.J., *Documentaire krediet en derden-beslag onder de bank*, W.P.N.R., 5107.

9. La conclusion de l'avocat général Cunéo à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 16 juin 1950 (27) permet d'aborder la position française:

« Aucune disposition légale non plus qu'aucun principe juridique ne mettent obstacle à la possibilité pour l'acheteur d'une marchandise qui a fait à son vendeur un crédit confirmé irrévocable de pratiquer saisie-arrêt sur le crédit qu'il justifie d'un principe certain de créance... La solution contraire ouvrirait la porte à toutes les malhonnêtetés et aurait pour effet de mettre l'acheteur à la merci *absolument* de son vendeur ». En l'occurrence, le principe certain de créance invoqué concernait la soi-disante exécution par le bénéficiaire du crédit documentaire de son obligation de livrer une marchandise conforme au contrat malgré la présentation de documents conformes. Le principe est repris par d'autres décisions (28).

A l'objection de certains auteurs « commercialistes » en particulier belges (29), suivant lesquels « de telles solutions aboutissant à tourner les principes universellement admis en matière de crédit irrévocable sont des plus discutables », la doctrine majoritaire française (30) répond:

Dans le sens d'une position plus restrictive, SCHOORDUK H.C.F., *Beschouwingen over drie-partijenverhoudingen van obligatoir aard*, Zwolle, 1958, 205.

(27) J.C.P., 1950, II, 510; G.P., 1950, 2, 304; R.T.D. civ., 1951, 133, obs. P. Raynaud. Cf. déjà dans le même sens, Trib. civ. Seine 7 juin 1949, G.P., 1949, 2, 78, confirmé par Paris 22 octobre 1949, G.P., 1949, 2, 349.

(28) Trib. civ. Seine, 8 juin 1949, *Banque et Bourse*, 1949, 265; (en appel); Paris, (Ch. des référés), 22 oct. 1949, *Banque et Bourse*, 1950, 124; Trib. civ. Seine, 7 mars 1949, *Banque et Bourse*, 1949, 268 et s., note de Carbonnières R.; Trib. Comm. Paris, 5 février 1971, G.P., 1971, 378; Prés. Trib. Comm. Paris, (référé), 29 octobre 1976, inédit.

(29) En Belgique, VAN DER GUCHT R., *La saisie-arrêt en matière de crédit irrévocable*, Rev. Banque, 1952, 185 et s.; VAN RIJN J. et HEENEN J., *Principes de droit commercial*, T. III, 399: « L'on doit prendre garde que la saisie ne fasse échec à l'irrévocabilité du crédit »; FRÉDÉRICQ L., *Traité de droit commercial belge*, T. IX, 333: « L'économie du crédit documentaire serait détruite... », del MARMOL Ch., *Saisie-arrêt sur la créance du bénéficiaire d'un crédit irrévocable*, Rev. Banque, 1951, 489 et s. de Leval (Actualités du droit des saisies en matière bancaire, in Dossier de documentation préparé pour les XX-XIV^e séminaire de la CDVA: Les créanciers et le droit de la faillite, 17-18 nov. 1982) note une décision inédite récente du juge des saisies du 4 septembre 1981 adoptant la même attitude restrictive que la doctrine belge. En France, ESCARRA J., *Cours de Droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1952, 994; dans le même sens, EISEMANN F.-BONToux C., *Sécurité et précarités du crédit documentaire*, Paris, 1964, 125 et s.

(30) En faveur de cette interprétation, de LEVAL G., *La saisie-arrêt*, Thèse, Liège, 1976, n. 28 et 83. Dans sa récente communication aux journées de la C.D.V.A. (7 et 8

« On prétendait que cette saisie équivaudrait à une révocation du crédit irrévocable. En effet, les commercialites considèrent que le crédit confirmé fait naître un droit direct, au profit du bénéficiaire, contre le banquier, que ni celui-ci, ni le donneur d'ordres, ne peuvent révoquer et qui est indépendant du droit découlant du contrat primitif. Un nouvel engagement, abstrait et de valeur cambiaire, naît au profit du tiers bénéficiaire, qui ne peut se voir opposer les exceptions nées du contrat de vente et appartenant au donneur d'ordre; ce principe étant seulement atténué par la condition, mise à l'exécution de l'obligation bancaire, de la vérification des documents qui doivent être conformes à ceux qui ont été spécifiés.

La saisie-arrêt ne porte aucune atteinte à ce mécanisme, elle ne supprime en rien la créance du bénéficiaire contre le banquier, puisqu'elle suppose une telle créance qui en constitue l'objet; le banquier reste tenu, la somme bloquée entre ses mains au profit du vendeur le demeure; mais cette créance, cette somme, est saisie comme peuvent l'être toutes les créances du débiteur. La difficulté vient peut-être du fait que la saisie est l'oeuvre du donneur d'ordre lui-même et peut apparaître comme une sorte de révocation du crédit qu'il avait obtenu pour son fournisseur. Il n'avait pas le droit de demander au banquier de revenir sur son engagement; n'est-ce pas lui restituer ce droit que de permettre une saisie-arrêt entre les mains du banquier? Non, puisque la saisie a seulement pour effet d'empêcher l'exécution de la créance, mais ne supprime en aucune manière celle-ci » (31).

En d'autres termes, les auteurs français, loin de voir dans la saisie-arrêt une révocation du mécanisme du crédit documentaire, estiment au contraire que la procédure de la saisie présuppose la reconnaissance de la créance « abstraite » née du crédit documentaire en tant qu'objet de la saisie. Cette créance n'est pas remise en cause, mais simplement bloquée. Le saisissant intervient non en tant que donneur d'ordre mais en tant que vendeur (32) et cherchant à compenser la créance

novembre 1982), l'auteur modifie son point de vue; BEYER J., *L'irrévocabilité de l'engagement du banquier dans les crédits documentaires irrévocables*, Thèse, Paris, 1953, 108 et s.; STOUFFLET J., *Droit bancaire*, Paris, 1976, 736; de CARBONNIÈRES R., *L'autonomie de l'ouverture de crédit irrévocable*, *Banque*, 1949, 263 et 264; VAN MAELE A., *Droit bancaire*, *Nouvelles*, n. 294, in fine.

(31) RAYNAUD P., obs. sous l'arrêt cité, *R.T.D. civ.*, 1951, 133.

(32) En ce sens, en particulier, STOUFFLET J., *Le crédit documentaire*, *op. cit.*, 332

documentaire du bénéficiaire et sa propre créance née du contrat de vente. Bref, c'est au nom de l'indépendance absolue des deux opérations (contrat de vente - crédit documentaire) que la saisie-arrêt peut être reconnue. La contradiction interne du raisonnement est éclatante.

C'est par le principe d'abstraction qui entend précisément interdire toute interférence du rapport commercial dans le déroulement de l'opération documentaire que la doctrine justifie par un artifice procédural une atteinte au mécanisme.

10. La jurisprudence française semble s'être aperçue de cette incohérence du raisonnement (33) et, par deux décisions, en être revenue à une position plus conforme à celle des autres pays. Ainsi, une décision de la Cour d'appel de Paris, dont l'argumentation est certes contestable, condamne toute possibilité de saisie-arrêt. Surtout, un arrêt de la Cour de Cassation adopte une position de principe qui nous permettra d'introduire le raisonnement tenu par les autres germaniques.

La première décision est celle de la Cour d'appel de Paris. Elle date du 23 janvier 1981 (34) et ne concerne pas en tant que telle une saisie opérée par le donneur d'ordre (35). En l'occurrence, la saisie était le fait de créanciers du vendeur bénéficiaire. Le raisonnement tenu permet cependant d'exclure a priori la possibilité également pour le donneur d'ordre, créancier particulier du bénéficiaire, de saisir-arrêter le montant du crédit. L'attendu principal est formulé comme suit: « Considérant toutefois qu'étant de la nature du crédit documentaire d'assurer la sécurité des transactions et notamment, au profit du vendeur exportateur le règlement immédiat et en devises nationales de marchandises dont il s'est désaisi et dès son désaisissement, la remise des documents n'a lieu que contre paiement du prix si bien que la créance s'éteint au moment même

et s. et BEYER, *L'irrévocabilité de l'engagement dans les crédits documentaires irrévocables*, Thèse, Paris, 1953, 105. L'argument est repris par Pabbuwa (art. cité, 5107) et De Vuyst (*op. cit.*, n. 193).

(33) Comme le soulignent Vasseur (note sous Cass., 14 oct., 1981, D., 1982, J., 302) et Boudinot (Autonomie du crédit documentaire, *Banque*, 1982, 595 et s.).

(34) D. 1981, J., 630, note M. Vasseur.

(35) D'autres décisions françaises concernent également cette hypothèse, toutes, elles admettent la saisissabilité par les créanciers du bénéficiaire du montant du crédit documentaire (Paris, 31 mai 1938, G.P., 1938, 2, 124; Cass. 6 février 1967, J.C.P., 1968, II, 15364, note J. Stoufflet; Aix en Provence 9 janvier 1976, D. 1977, I.R., 190, obs. Cabrillac et Rives-Lange).

où elle naît, qu'ainsi la saisie-arrêt pratiquée par un créancier du vendeur sera, *soit qu'elle intervienne après la remise des documents, inopérant, soit qu'elle intervienne avant, sans objet*, puisque le tiers saisi ne détient alors aucune somme sur laquelle ait droit le débiteur du saisissant ».

11. Le dilemme devant lequel la Cour d'appel de Paris place la commentateur peut être facilement levé. Il présuppose en effet, l'inexistence de tout droit de créance dans le chef du bénéficiaire vis à vis du banquier.

Si l'affirmation n'est pas neuve dans la doctrine française (36), elle mérite cependant d'être combattue (37). C'est dès « l'ouverture de l'accréditif que le patrimoine du bénéficiaire s'enrichit d'une créance à l'égard de la banque émettrice » (38). Certes, une telle créance est conditionnée par la remise de documents mais une créance conditionnelle peut être saisie.

Il présuppose ensuite que la présentation des documents entraîne paiement immédiat. Or on sait que l'article 8 des règles et usances accorde à la banque un délai raisonnable pour l'examen des documents (39). Ainsi, la motivation de l'arrêt de la Cour parisienne convainc peu. Plus intéressante nous apparaît celle de la Cour de Cassation dans son arrêt du 14 octobre 1981 (40).

(36) Cf. déjà sur ce point, les conclusions de l'avocat général Cunéo cependant favorable à la saisie-arrêt du crédit documentaire; « La constitution d'un crédit irrévocable n'a pas pour effet de rendre le bénéficiaire du crédit immédiatement créancier. Il ne deviendra créancier et la banque donneur de crédit ne sera tenue de la payer que lorsqu'il aura satisfait aux conditions de l'accréditif, que lorsqu'il aura présenté les documents exigés. Ce n'est qu'à ce moment que le crédit ouvert se transforme en une créance exigible ».

(37) ...sauf en ce qui concerne l'hypothèse d'un crédit révocable ou dans le cas d'une banque simplement notificatrice. Aucun engagement de payer n'existe dans le chef des banques dans ces deux hypothèses. Sur cette distinction, S. EPSCHTEIN, *Les crédits documentaires et la saisie-arrêt*, Banque, 1979, 743 et s.; B.M. DE VUYST, *Dokumentaïre kredieten*, op. cit., 95, n. 192.

(38) Vasseur J., note sous Paris 23 janvier 1981, D. 1982, J., 382. Dans la doctrine étrangère, not., W. WESSELY, *Die Deckungsbeziehung und Kaufvertrag*, Thèse, Köln, 1975, n. 11, SCHINNERER E., *Bankverträge*, 2^e éd., T. III, 123. Cf. également l'article 3 a: « An irrevocable credit constitutes a definite undertaking of the issuing Bank », (texte de l'article 3 a repris dans le projet de révision à l'article 8).

(39) Le texte est légèrement modifié dans le projet de révision qui précise le nombre de jours.

(40) D., 1982, J., 301, note M. Vasseur; Banque, 1982, 585, obs. P. Boudinot.

12. Un négociant français achète des tissus à une entreprise japonaise. Le paiement s'effectue par crédit documentaire irrévocable ouvert par une banque française. L'importateur conteste la qualité des marchandises et réclame saisie-arrêt du montant du crédit documentaire, malgré la réception par la banque de documents conformes. En particulier, selon les termes mêmes de la Cour d'appel (41), « la comparaison des échantillons produits par l'acheteur du tissu commandé...et celui expédié...met en évidence que la marchandise livrée n'était pas conforme aux spécificités du marché et confère un caractère de certitude au principe de créance dont il se prévaut ». Ce caractère évident de la non-conformité de la marchandise noté, la Cour d'appel, pour justifier l'octroi de la saisie-arrêt, affirme: le caractère irrévocable du crédit documentaire stipulé « ne s'opposait pas à ce que le donneur d'ordre, devenu à son tour, créancier du bénéficiaire, en l'occurrence le vendeur des marchandises, par suite d'une mauvaise exécution du marché, puisse prendre toute mesure conservatoire utile et notamment pratiquer une saisie-arrêt sur la créance que le bénéficiaire aura sur le banquier ». La Cour ajoute: ces mesures sont, « à ce stade, des mesures conservatoires qui n'atteignent pas le caractère irrévocable du crédit mais empêchent seulement le bénéficiaire de recouvrer la créance sur le banquier jusqu'à décision au fond sur la créance du donneur d'ordre ». C'est cet argument, directement inspiré des précédents doctrinaux et jurisprudentiels français, que la Cour de Cassation française rejette expressément. On mesure dès lors l'importance de ce revirement jurisprudentiel dont la motivation est laconique. La Cour rappelle l'argument et le rejette comme suit: « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la banque avait reçu les documents conformes du vendeur et s'était engagée directement et irrévocablement à son égard, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1134 c.c. et l'article 3 des « Règles et Usances uniformes relatives au crédit documentaire ». On rappelle que l'article 1134 c.c. contient deux principes essentiels: l'alinéa 1 consacre la force obligatoire égale à la loi des conventions passées entre parties; l'alinéa 3 affirme le devoir de celles-ci d'exécuter la convention de bonne foi (42). L'arti-

(41) Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 11 janvier 1980 (inédit).

(42) Il correspond alors au principe légal du Treu und Glauben (§ 242 BGB), de la buona fede (art. 1375 c.c.).

cle 3 des « Règles et Usances », quant à lui, qualifie l'engagement du banquier apériteur d'un crédit documentaire d'engagement ferme.

13. La Cour de Cassation pose donc comme norme absolue que le juge ne peut, par la saisie-arrêt, interdire le paiement du bénéficiaire au banquier qui a reçu des documents conformes. On cherche cependant la véritable motivation de cette affirmation péremptoire. Certes, il est évident que le banquier s'est engagé de façon ferme, irrévocable, envers le bénéficiaire, le donneur d'ordre, en saisissant le montant du crédit documentaire, ne conteste pas ce droit du bénéficiaire, au contraire, il en fait l'assiette de son droit, comme le notait déjà la Cour d'appel de Paris dans le vieil arrêt rappelé du 16 juin 1950. La simple référence à la force obligatoire des conventions est donc insuffisante en soi à expliquer le rejet de la saisie-arrêt qu'on peut, par ailleurs, présenter comme une consécration de l'autonomie de l'engagement (cfr. supra n. 9 in fine). Il faut en effet expliquer pourquoi le donneur d'ordre ne peut pas mettre en branle la procédure de la saisie-arrêt et pourquoi dès lors le juge, lors d'une demande de saisie pratiquée par le donneur d'ordre, devra souvent la rejeter.

Le commentaire du professeur Vasseur met en lumière le véritable argument que sous-entend la référence un peu courte aux articles 1134 c.c. et 3 des « Règles et Usances ». « C'est l'occasion, dit-il, de serrer de plus près la raison pour laquelle le donneur d'ordre n'a pas ce droit, lorsqu'il se prévaut du contrat de base. Cette raison tient en ce que le donneur d'ordre, ayant demandé à son banquier d'ouvrir le crédit et de s'engager envers le bénéficiaire, a entendu que cet engagement joue de façon détachée par rapport aux relations qui pourront être les siennes avec le bénéficiaire du chef du contrat de base ». En d'autres termes, la demande faite par le donneur d'ordre de saisir-arrêter le montant du crédit documentaire pour des raisons relatives au contrat commercial, objet du crédit est contraire à l'équilibre contractuel qu'il a lui-même mis en place (42-bis) et le juge doit rejeter cette demande comme une demande ne respectant pas le principe d'exécution de bonne foi des conventions conclues. En définitive, c'est l'article 1134 alinéa 3 c.c. qui ju-

(42-bis) Comp. la déclaration d'Epschtein (Les crédits documentaires et la saisie-arrêt, *Banque*, 1979, 741): « La gêne que l'on éprouve en présence de ces litiges voit sans doute de la contradiction qu'il y a à convenir qu'on appliquera un certain jeu de règles et qu'on cherche ensuite à les violer avec l'aide des tribunaux ».

stifie la position de la Cour de Cassation et donne son véritable sens à la référence aux articles 1134 alinéa 1 c.c. et 3 des « Règles et Usances ».

14. Si tel est bien la véritable fondement de l'arrêt de la Cour de Cassation française (43), il rejoint celui invoqué par les doctrines étrangères (44) pour justifier l'exclusion des mesures provisionnelles, c'est-à-dire à la fois de la saisie-arrêt et du référé.

Ainsi, dès 1968, dans une étude consacrée aux limites de l'abstraction de l'engagement né d'un crédit documentaire irrévocable et aux possibilités de mesures provisoires, un auteur allemand, Erman (45) justifie les restrictions mises par la jurisprudence à l'octroi de mesures provisoires par l'existence entre les parties à l'opération commerciale d'un pactum de non petendo (46): « Il est évident que la clause d'accréditif, insérée dans le contrat d'achat-vente, doit être considérée comme un pactum de non petendo limité dans le temps et le contenu. Par cette

(43) Ce fondement est mieux mis en évidence dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 octobre 1981 (J.C.P., 1981, II, 19702) relatif, il faut le noter, à une garantie à première demande: « Admettre la possibilité d'une telle saisie serait permettre à l'un des contractants de paralyser ne fût ce que provisoirement et temporairement, l'exécution des engagements clairs et valables qu'il a pris en connaissance de cause, compte tenu des risques auxquels il s'exposait (Sur cette décision, nos commentaires, infra n. 18).

(44) La jurisprudence allemande connaît peu de décisions relatives à la saisie-arrêt: L.G. Dusseldorf 28 mai 1968 cité par Borggreffe (*Akkreditiv und Grundverhältnis*, Thèse, Berlin, 1968, 89).

(45) ERMAN W., *Einwirkungen des Kaufvertragsverhältnisses auf die Akkreditivverpflichtung der Bank*, Festschrift für Rittershausen, Stuttgart, 1968, 268. La thèse d'Erman est abondamment reprise. Cf. notamment BORGGREFFE S., *Akkreditiv und Grundverhältnis*, Thèse, Berlin, 1971, 83; EISMANN-EBERTH, *Das Dokumenten-Akkreditiv im internationalen Handel*, Heidelberg, 2^e éd., 1979, 172; ADEN M., *Der Arrest in den Zahlungsanspruch Akkreditiv-begünstigte durch den Auftraggeber*, RIW/AWD, 1981, 87. La même explication est reprise par les auteurs allemands en ce qui concerne la clause de garantie (cf. infra n. 23).

(46) Les auteurs suisses rejoignent l'explication allemande mais préfèrent parler d'un « venire contra factum proprium ». Ainsi GAUTSCHI G., *Berner Komm.*, art. 407, Anm 20 a; KLEINER B., *Bankgarantie*, 3^e éd., 1979, 157: « Avec la mise sur pied d'un accréditif ou d'une garantie, les parties (au contrat de base) conviennent que le bénéficiaire pourra obtenir une prestation déterminée sous certaines conditions sans préjudice des modifications ou litiges qui viendraient à naître à propos du contrat de base et indépendamment de ces difficultés. C'est cela qui constitue la cause, le but (Zweck) d'une telle convention. Dès lors, ce comportement (le fait pour le donneur d'ordre de demander une interdiction de paiement) serait contraire à ce but (Zweckswidrig) et à considérer comme un abus manifeste ».

clause, l'acheteur renonce en principe à interdire au vendeur l'utilisation de l'accréditif; il ne le peut qu'exceptionnellement, lorsque preuve à l'appui, il démontre de façon évidente et sans aucun doute possible, l'absence de droit du vendeur au paiement de l'accréditif ».

La signature de ce pactum de non petendo entraîne, selon l'auteur, une « diminution », un « affaiblissement » (*Schwächung*) sensible du droit pour le donneur d'ordre de s'opposer au paiement de l'accréditif. En ce qui concerne la possibilité de saisie-arrêt, les auteurs germaniques font remarquer que le droit de créance invoqué par les donneur d'ordre contre le bénéficiaire en affirmant la non-exécution du contrat de base est d'autant moins « certain dans son principe » que la demande du donneur d'ordre contredit le « pactum de non petendo » que représente la clause d'accréditif dans le contrat d'achat-vente.

15. Le droit allemand (47) reprend et justifie ce souhait. Le droit de créance que le donneur d'ordre invoque contre le bénéficiaire en affirmant la non-exécution du contrat de vente est d'autant moins « certain dans son principe » que la demande du donneur d'ordre contredit le « pactum de non petendo » (48) que représente la clause d'accréditif dans le contrat d'achat-vente.

Le droit allemand propose dès lors de restreindre à deux cas les possibilités pour le donneur d'ordre de saisir-arrêter le montant de la créance née du crédit documentaire :

— premièrement, l'importateur donneur d'ordre peut saisir-arrêter

(47) Dans la doctrine ZAHN J., *Zahlung und Zahlungssicherungen im Aussenhandel*, Berlin, 1975, 163 et s.; F. (Graf von) WESTPHALEN, *Rechtsfragen der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 2^e éd., 1978, 149 et s.; BORGGREFE W., *op. cit.*, 78 et s.; SCHÖNLE H., *Bank- und Börsenrecht*, München, 2^e éd., 1977, 124; KÜBLER F., *Feststellung und Garantie*, Thèse, 1967, 195; ADEN M., *op. cit.*, *RIWAWD*, 1976, 278 et s.; EISEMANN-EBERTH, *Das Dokumenten-Akkreditiv im internationalen Handelverkehr*, Heidelberg, 2^e éd., 1979, 170 et s.

Dans la jurisprudence récente, O.L.G., Dusseldorf, 13 février 1978, *W.M.*, 1978, 359 et 360; O.L.G. Hamburg 10 nov. 1977, *W.M.*, 1978, 338 et s.; L.G., Dusseldorf, 17 déc. 1974, *W.M.*, 1975, 67 et s.

Ainsi, en Suisse, notamment KLEINER B., *Die Zahlungspflicht der Bank bei Garantien und unwiderrufliche Akkreditiven*, *S.J.Z.*, 1976, 353; GAUTSCHI B., *Komm. zu art. 407 O.R.*, Anm 20 a, *Berner Kommentar*, 2^e éd., 1963.

En Autriche, notamment SCHINNERER et AVANCINI, *Bankerträge*, Wien, 3^e éd., 1978, T. III, 21.

(48) Cf. sur cette analyse, n. 14, en particulier notes 44 et 45.

la créance de l'exportateur bénéficiaire lorsque le premier est créancier du second sur base de rapports étrangers à l'opération génératrice du crédit documentaire. Il faut évidemment que cette créance externe soit « certaine, exigible et liquide » (49) pour fonder la saisie;

— deuxièmement, l'importateur donneur d'ordre peut saisir-arrêter la créance du bénéficiaire exportateur lorsque la mauvaise foi de ce dernier est à ce point évidente que malgré la remise de documents conformes, la demande du donneur d'ordre de saisir-arrêter ne se heurte pas au « pactum de non petendo » conclu par la clause d'accréditif. Dans ces hypothèses exceptionnelles (50), la créance de l'importateur donneur d'ordre pour inexécution fautive par l'exportateur des obligations du contrat de vente est certaine: elle peut renverser la présomption de bonne exécution fondée sur la remise de documents.

16. Ces conclusions quasi unanimes de la doctrine germanique reviennent à confondre pour l'essentiel (51) les domaines du référé (*l'Einstweilige Verfügung*) et de la saisie-arrêt (*Arrest*) (52). Elles ont cependant été remises en question par Wessely (52-bis) qui développe le raisonnement suivant qui sera repris par la suite en matière de garantie (*infra* n. 25). La créance sur laquelle le donneur d'ordre prétend s'appuyer pour obtenir la saisie est la créance en remboursement (53) qu'il

(49) Dans le même sens, Vasseur, note sous. Cass., 14 oct. 1981, *D.*, 1982, J., 303.

(50) « Dans ces cas d'exceptions extrêmes » précise l'Oberlandsgericht de Hambourg dans son arrêt du 10 novembre 1977 (*W.M.*, 1978, 338).

(51) A l'exception de l'hypothèse de la créance fondée sur un rapport commercial ou financier entre donneur d'ordre et bénéficiaire différent de celui qui fait l'objet de la garantie.

(52) C'est la constatation faite par Aden (*Der Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditiv begünstigten durch den Akkreditivauftraggeber*, *RIWAWD*, 1976, 680). Notons que cet auteur (cf. également mais sans explication, PILGER G., *Einstweiliger Rechtsschutz des Käufers und Akkreditivstellers wegen Gewährleistung durch Arrest in den Auszahlungsanspruch des Akkreditivbegünstigten?*, *RIWAWD*, 1979, 589), à l'inverse de Wessely (cf. la note suivante), conclut au rejet du référé comme mesure provisoire susceptible d'empêcher le paiement. Sa motivation est purement formelle. Selon lui, le référé n'est possible que lorsque les seules parties concernées par la mesure sont des parties au contrat. En l'hypothèse, le prononcé du référé atteint un tiers, à savoir la banque. L'argument est faible. Rien n'interdit juridiquement que le prononcé du référé soit adressé à un tiers.

(52-bis) WESSLEY W., *op. cit.*, n. 193 et s.; SCHÄRRER, *Die Rechtstellung des Begünstigten im Dokumentenakkreditiv*, Thèse, Berne, 1980, 135 et s.

(53) Rappelons qu'une créance éventuelle suffit effectivement pour justifier l'octroi

aurait éventuellement au cas où le bénéficiaire ayant abusivement utilisé le mécanisme du crédit documentaire disposerait des sommes. Or, la démonstration d'une telle créance du saisissant présuppose que le bénéficiaire agit sans droit en réclamant le montant du crédit documentaire. En effet, le bénéficiaire, qui appelle frauduleusement le crédit documentaire, ne dispose, nonobstant la présentation de documents conformes, d'aucun droit de créance contre le banquier. Les conditions de la saisie-arrêt qui suppose l'existence d'une créance à saisir ne sont donc pas remplies. Ce que le donneur d'ordre réclame du juge des référés, c'est la constatation de l'abus du bénéficiaire et, dès lors, son absence de créance qui justifie l'interdiction de paiement faite à la banque. *Une telle interdiction de paiement ne peut se faire que par référé et non par la saisie-arrêt (53-bis).*

Ainsi, en matière de crédit documentaire, le domaine de la saisie-arrêt devrait être réservé aux seuls cas où le donneur d'ordre se prévaut d'une créance extérieure à l'opération commerciale génératrice du crédit documentaire en question. Dans cette hypothèse, le saisissant oppose à la créance incontestée du bénéficiaire envers la banque (53-ter), son propre droit de créance, cherchant par là même à provoquer une compensation qui ne pouvait s'opérer d'office.

17. Nous avons jusqu'à présent raisonné à propos du schéma triangulaire simple où la banque saisie est la banque émettrice d'un crédit documentaire irrévocable. La saisie-arrêt du crédit documentaire est-elle encore possible au cas où intervient une seconde banque, qu'elle soit confirmatrice ou simplement négociatrice du crédit documentaire ouvert par ailleurs par la banque du donneur d'ordre?

Les deux situations doivent être distinguées. Lorsque la seconde

d'une saisie-arrêt si cette créance présente un caractère de quasi certitude, ce qui est le cas lors d'un appel manifestement abusif.

(53-bis) Comp.: « dans cette dernière hypothèse, il s'agit moins de saisir conservatoirement dans le but de garantir un paiement futur que de faire cesser une voie de fait, c'est à dire une utilisation abusive du crédit; l'ordre donnée par le juge des référés-appelé à statuer le cas échéant, dans le cadre d'une procédure sur requête unilatérale est dès lors mieux adaptée qu'une saisie-arrêt ?? » (de LEVAL G., *Actualité du droit des saisies en matière bancaire*, op. cit., IV, 54).

(53-ter) Comme le notait la décision française du 16 juin 1950: étudiée supra n. 9. « La saisie-arrêt ne supprime en rien la créance du bénéficiaire - contre le banquier, puisqu'elle suppose une telle créance qui en constitue l'objet.

banque intervient comme simple négociatrice, il n'existe aucun engagement de sa part envers le bénéficiaire. Il ne peut donc être question de saisir-arrêter entre ces mains le montant du crédit documentaire, puisque le bénéficiaire à strictement parler n'a pas de créance vis-à-vis de cette seconde banque (54).

Dans le cas où intervient une banque confirmatrice, celle-ci prend un engagement « à côté » de celui de la banque émettrice (55). La saisie-arrêt auprès de cette banque doit dès lors être admise. En cas de crédit documentaire confirmé, c'est d'ailleurs auprès de la banque confirmatrice et non auprès de la banque émettrice que la saisie-arrêt doit être pratiquée. En effet, si la saisie est pratiquée auprès de cette dernière alors que la banque confirmatrice a déjà payé et réclame remboursement à la banque émettrice, une telle saisie est inopérante puisque la demande de remboursement ne se fonde point sur le droit du bénéficiaire à obtenir le montant du crédit documentaire, seul objet de saisie possible, mais sur le droit propre du confirmateur au remboursement du paiement fait au bénéficiaire (56).

4. La saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née de la garantie

18. La question de la saisie-arrêt par le donneur d'ordre de la créance née de la garantie a fait l'objet de quelques décisions. On relève en particulier, la décision française abondamment commentée du tribunal de grande instance de Paris en date du 13 mai 1980 (57). Son intérêt réside dans le fait qu'elle rappelle explicitement les enseignements classi-

(54) En ces sens également, DE VUYST B., *Documentaire kredieten*, op. cit., n. 192, cf. également, ERSCHTEIN S., *Les crédits documentaires et la saisie-arrêt*, Banque, 1979, 743.

(55) A ce propos, not. l'attendu du trib. de commerce de Courtrai du 19 déc. 1979 (J.C.B., 1980, I, 403): « Lorsqu'un crédit documentaire est confirmé, le vendeur bénéficie d'un engagement irrévocable dans le chef des deux banques, la banque ouvrant le crédit et la banque confirmatrice ».

(56) A ce sujet, notamment Stoufflet J., note sous Cass. 6 fév. 1967, J.C.P., 1968, II, 15364.

(57) Trib. gde inst. Paris 13 mai 1980, D., 1980, J., 490, note Gavalda et Stoufflet; R.T.D. comm., 1981, 124 obs. Cabrillac et Rives Lange, J.C.P., 1981, éd. C. et I., 13552, note Vasseur; D.P.C.I., 1981, obs Dubisson; Banque, 1981, 778, obs. Martin; Rev. Banque, 1981, 663, J. Vasseur (note sous Cass. 14 oct. 1981, D., 1981, J., 301) cite une décision inédite reprenant le même raisonnement (Trib. gde inst. Paris (réf.) 6 juill. 1981, Soc. Casa del Estado c. Citibank).

ques de la jurisprudence de la doctrine française tout en appliquant ces enseignements à une situation différente de celle précédemment analysée. Son analyse permettra de dégager des solutions originales par rapport à celles affirmées à propos de la saisie-arrêt du crédit documentaire.

Les faits à l'origine de la décision sont les suivants: le bénéficiaire d'une garantie automatique de bonne exécution accusait des retards importants de paiement pour des prestations déjà achevées. La garantie de bonne exécution fut appelée.

Le donneur d'ordre demande saisie-arrêt du montant de la garantie en faisant valoir les retards de paiement. Il obtint gain de cause devant le juge des saisies. La banque saisie réclame alors mainlevée de cette saisie devant le tribunal de grande instance de Paris.

Les arguments bancaires rappellent étrangement les arguments déjà invoqués devant la Cour d'appel de Paris du 16 juin 1950, à propos d'une saisie-arrêt en matière de crédit documentaire (supra n. 9). La banque faisait valoir: « par le biais de la saisie-arrêt, le (donneur d'ordre) s'efforçait en réalité d'échapper à ses propres engagements en la paralysant elle-même et en l'empêchant d'exécuter ses obligations, alors que, contractuellement, le dit (donneur d'ordre) avait renoncé à contester toute demande de mise en oeuvre de la garantie à première demande ». En d'autres termes, le demandeur de saisie-arrêt va à l'encontre du « pactum de non petendo » souscrit par la clause de garantie présente dans l'opération commerciale.

Le tribunal accueille le moyen mais en rejette les conséquences. Il rappelle d'abord, comme les juges de la Cour d'appel de Paris, le principe de la saisissabilité de toute créance sauf exception légale. Or « le droit français ne prévoit pas, parmi les créances insaisissables, celle résultant de la constitution d'une caution, fût-ce à première demande ». Il ajoute ensuite:

« Attendu que la renonciation contractuellement acceptée par ce (donneur d'ordre) de ne pas discuter l'appel de la garantie dans le cadre de ses relations d'affaires avec le (bénéficiaire) ne constituait pas pour autant, sous peine de déni de justice, une sorte de carcan qui l'aurait empêché de faire valoir un droit de créance à l'égard de son contractant, au point en effet de lui interdire les mesures de sauvegarde légalement admises... Attendu que le donneur d'ordre, loin de renier son engagement fait de la garantie à première demande, l'assiette de la mesure conservatoire qu'il a pratiquée, et que la renonciation qu'il a souscrite, à discuter l'appel à la garantie ne l'empêche pas de faire valoir un droit de

créance à l'égard de son contractant et ne lui interdit pas d'utiliser les mesures de sauvegarde l'également admise par le droit français, (en particulier celle de la saisie-arrêt) ».

Ainsi, à la différence de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt relatif au crédit documentaire, le tribunal de grande instance reconnaît clairement l'existence de ce que nous qualifierons à la suite de la doctrine allemande (58) de « pactum de non petendo » (supra n. 14), mais affirme que ce « pactum » n'interdit pas la saisie-arrêt fondée sur une créance de l'exportateur, donneur d'ordre de la garantie, vis-à-vis de l'importateur, bénéficiaire.

19. Certains commentateurs critiquent la décision. A les suivre, elle réintroduit la fiction d'un double rôle joué par l'exportateur, donneur d'ordre de la garantie d'exécution: il est vis-à-vis du bénéficiaire importateur, à la fois son débiteur en vertu du « pactum de non petendo » qui il a souscrit en tant que donneur d'ordre de la garantie, et à la fois son créancier sur base du rapport commercial qui est à l'origine de la garantie. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 27 octobre 1981 (59) répond précisément à ce risque de dédoublement artificiel de la personnalité de l'exportateur:

« Sans doute, le Droit français ne prévoit pas, parmi les créances insaisissables, celles qui résultent de la constitution d'une garantie irrévocable, fût-elle à première demande..., mais...il convient de rechercher si le donneur d'ordre lui-même peut pratiquer sur cette créance une saisie conservatoire...

En l'espèce, il y a identité de personnes entre le donneur d'ordre et celui qui prétend invoquer une créance à l'égard du bénéficiaire de la garantie. Or, l'indépendance de la garantie à l'égard du contrat de base entraîne pour conséquence que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de l'exécution défectueuse de ce contrat pour pratiquer une saisie sur la

(58) L'analyse de la clause de garantie comme « pactum de non petendo » est souvent reprise en droit allemand: AINSI, notamm. PLEYER K., *op. cit.*, 25; ZAHN J., *op. cit.*, 164 et s.; METTENHEIM H., *art. cit.*, RIWAWD, 1981, 581 in fine et 582; VON WESTPHALEN F., *Rechtsprobleme der Exportfinanzierung*, Heidelberg, 2^e éd., 1978, 193.

En Suisse, lire DÖHM J., *Mesures conservatoires dans le cadre des garanties bancaires à première demande*, Schw. Aktiengesellschaft, 1982, 62.

(59) J.C.P. 1981, II, 19702. Il est intéressant de noter que cet arrêt survient 13 jours après le revirement de la jurisprudence française à propos de la saisie-arrêt du crédit documentaire (supra n. 12).

garantie...Admettre la possibilité d'une telle saisie serait permettre à l'un des contractants de paralyser, fût-ce provisoirement et temporairement, l'exécution des engagements clairs et valables qu'il a pris en connaissance de cause, compte tenu des risques auxquels il s'exposait ».

20. On peut juger inconciliables les positions successivement tenues par la jurisprudence française. Il importe cependant de noter la particularité des faits qui ont conduit la Cour à se prononcer dans un sens apparemment contraire à celui du tribunal de grande instance de Paris.

En l'occurrence, il s'agissait d'une garantie de paiement donnée sous forme de lettre de crédit stand-by. Elle assurait le paiement régulier du loyer d'un navire jusqu'au terme prévu de la location. Le donneur d'ordre de la lettre de crédit se prévalant de différentes inexécutions d'obligations contractuelles (vitesse du bateau inférieure à la vitesse garantie contractuellement, pollution par celui-ci entraînant mise en cale sèche durant plusieurs mois, nombreuses avaries du moteur) résilie unilatéralement la convention de location avant le terme prévu. Le bénéficiaire appelle dès lors la garantie pour le montant estimé des dommages et intérêts nés de la résiliation. Le donneur d'ordre, ayant obtenu la désignation d'un arbitre, réclame, dans l'attente, la délivrance par le tribunal de grande instance de Paris d'une ordonnance lui permettant de pratiquer une saisie-arrêt sur le montant appelé de la garantie. Cette ordonnance lui est accordée. En réponse, le bénéficiaire demande la mainlevée de la saisie et l'obtient au motif que sa créance née de la garantie serait une mise en péril, vu les difficultés sérieuses qu'il rencontrerait pour aboutir à l'exécution de la décision arbitrale à venir. Le donneur d'ordre évoque l'affaire devant la Cour d'appel et sollicite l'infirmité du référé pour incompetence du juge à ordonner la mainlevée de la saisie conservatoire.

21. Ainsi les hypothèses à l'origine des deux décisions sont différentes. Dans la première décision, celle du 13 mai 1980, la garantie en question couvrait la prestation de faire de l'exportation et la saisie se fondait sur l'existence d'une créance en paiement du prix. La seconde décision, celle de la Cour parisienne, concernait une garantie ou, plutôt, une lettre de crédit stand-by assurant la prestation de paiement du donneur d'ordre et la créance du saisissant se fondait sur une mauvaise exécution de la prestation de faire du bénéficiaire.

Cette seconde hypothèse rejoint la situation déjà étudiée en matière de crédit documentaire, la garantie de paiement participant comme le crédit documentaire aux mécanismes de paiement mis en place pour la réussite de l'opération commerciale internationale (cfr. supra n. 5 in fine). Les solutions déjà dégagées à propos du crédit documentaire doivent pouvoir être étendues à la garantie de paiement (60). La garantie automatique de paiement doit assurer au bénéficiaire une parfaite sécurité, nonobstant les différends relatifs à la prestation garantie. Le « pactum de non petendo » auquel équivaut la clause de garantie de paiement souscrite dans le contrat conclu entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire doit avoir la même étendue que celui souscrit en cas de crédit documentaire. Il ne s'étend pas, rappelons-le, au cas d'abus manifeste du bénéficiaire, dont l'absence de droit pourra alors être démontrée par la procédure en référé (61). Il ne s'étend pas non plus à l'hypothèse où le donneur d'ordre fait valoir un droit de créance fondé sur un autre rapport commercial que celui à l'origine de la garantie de paiement.

22. Si l'émission des autres types de garantie entraîne également la conclusion d'un pactum non petendo, celui-ci a-t-il la même extension ? Le domaine de la saisie-arrêt en cas de garantie d'exécution, de restitution d'acompte, de soumission, de retenue de garantie ou de maintenance, est-il celui fixé pour le crédit documentaire et la garantie de paiement ?

Si la créance saisie en matière de garantie automatique est indiscutablement la créance née de l'émission de la garantie automatique, c'est-à-dire celle qui couvre la bonne exécution de la prestation de faire du donneur d'ordre, la créance du saisissant peut avoir trois origines différentes :

Hypothèse n° 1 — l'exportateur, donneur d'ordre de la garantie, peut être créancier du bénéficiaire au titre d'une opération totalement distincte de celle qui est à l'origine de la garantie ;

(60) Sur ces conclusions supra n. 16.

(61) A cet égard, on peut noter que la preuve de la fraude manifeste sera peut-être plus aisée en matière de garantie de paiement qu'en matière de crédit documentaire. En effet, dans le crédit documentaire, la présence de documents, constitue une forte présomption de la bonne exécution par le bénéficiaire de sa prestation. Dans le cas d'une garantie de paiement automatique ou d'une lettre de crédit stand-by, l'absence de documents doit permettre une preuve plus facile de l'abus du bénéficiaire.

Hypothèse n° 2 — le donneur d'ordre de la garantie dispose contre le bénéficiaire d'une créance en paiement du prix des prestations dont l'exécution est couverte par la garantie; cette deuxième hypothèse est celle soulevée par le tribunal français;

Hypothèse n° 3 — le donneur d'ordre de la garantie invoque contre le bénéficiaire la créance en dommages et intérêts qui naît de l'appel abusif de celui-ci à la garantie automatique: le donneur d'ordre prétend avoir bien exécuté ses engagements.

Examinons d'abord la troisième hypothèse.

A. *L'hypothèse de la demande abusive*

23. La dernière hypothèse a fait l'objet de plusieurs décisions inédites. Citons d'abord celle de la Cour d'appel de Paris du 25 mars 1982 (62): un marché de travaux publics adjugé à une société française avait été assorti de garanties de bonne exécution payables « nonobstant tous arguments et objections ». Des différends entre les parties amenèrent dans le chef de la société française une demande de résiliation des marchés et la saisine d'une cour arbitrale. Suite à l'appel aux garanties, le donneur d'ordre obtint une saisie conservatoire. En degré d'appel, le bénéficiaire obtint mainlevée de la saisie au motif que « l'indépendance d'une telle garantie à l'égard du contrat de base entraîne pour conséquence que le donneur d'ordre ne peut se prévaloir de l'exécution de ce contrat pour pratiquer une saisie-arrêt sur la garantie alors qu'il a renoncé par avance à contester le bien fondé des paiements effectués par la Banque ». Ainsi, la demande de saisie sur base d'une créance en dommages et intérêts qui naîtraient de l'appel soi-disant abusif est rejetée comme un « venire contra factum proprium », le donneur d'ordre ayant par la clause de garantie renoncé à se prévaloir de toute prétention fondée sur l'exécution des rapports contractuels.

24. La même motivation se retrouve dans une deuxième décision, luxembourgeoise cette fois (63). Le juge luxembourgeois paraphrase l'attendu déjà cité de la Cour d'appel de Paris mais le prononce à propos d'une garantie de retenue, la société luxembourgeoise prétendant avoir parfaitement exécuté ses obligations contractuelles:

(62) Paris, 25 mars 1982, Banque comm. du Rwanda c/SPIE Batignolles et BNP, J.C.P., 1982, II, 19.876.

(63) Trib. civ. Luxembourg, 17 juin 1982, inédit.

« Le droit luxembourgeois ne prévoit pas, parmi les créances insaisissables celles qui résultent d'une garantie à première demande. Il s'ensuit qu'un tiers peut pratiquer saisie-arrêt entre les mains du garant pour sûreté et avoir paiement d'une créance qu'il a contre le bénéficiaire ». « Lorsque cependant, il y a identité de personne entre le donneur d'ordre et celui qui invoque une créance à l'égard du bénéficiaire de la garantie, c'est précisément l'indépendance de la garantie à l'égard du donneur d'ordre qui entraîne que le donneur d'ordre ne peut, par le biais d'une saisie-arrêt, paralyser, ne fût-ce que provisoirement et temporairement, l'exécution des engagements clairs et valables qu'il a pris, à savoir de mettre à la disposition du bénéficiaire une garantie automatique ».

Le juge luxembourgeois ajoute: « le donneur d'ordre en s'opposant au paiement de la garantie au motif qu'il y a une créance contre le bénéficiaire, fait valoir une exception de compensation. Or une des caractéristiques essentielles de la garantie à première demande est précisément l'inopposabilité des exceptions tirées du rapport entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, que ces rapports résultent du contrat de base ou d'autres relations juridiques existant entre parties ».

« Il s'ensuit, conclut de façon absolue le juge, que le donneur d'ordre ne peut s'opposer, moyennant saisie-arrêt, au paiement à première demande en invoquant une créance à l'égard du bénéficiaire ».

Cet ajout et cette conclusion du juge luxembourgeois ne sont plus la stricte réplique de l'argument déjà invoqué par la Cour française. Il s'agit d'une condamnation *de toute saisie*, peu importe le motif invoqué. En effet, selon le juge, la clause de garantie contient implicitement une renonciation à exercer toute forme de compensation, peu importe que la créance à compenser soit née de la prestation, objet de la garantie (hypothèse n. 3), du rapport commercial l'origine de la garantie (hypothèse n. 2), ou d'un autre rapport. Nous reviendrons sur cette affirmation.

25. Si on se limite à la troisième hypothèse, l'affirmation peut-elle être aussi absolue? On sait que le « pactum de non petendo » du donneur d'ordre connaît une limite: l'appel manifestement abusif du bénéficiaire. Tous les ordres juridiques consacrent cette limite (64) et on sait

(64) « De manière absolument unanime, il est posé en règle que la banque peut et doit refuser de payer lorsque la demande est manifestement abusive ». (VASSEUR M., *Rapport de synthèse*, in *Actes du Colloque de Tours*, op. cit., 349).

qu'on ne peut par avance renoncer à se prévaloir de la fraude du contractant. Ces principes sont indiscutables. Ainsi, dans le cas d'un appel manifestement abusif, le donneur d'une garantie pourra obtenir le prononcé d'une référé interdisant ou suspendant le paiement bancaire. Pourrait-il éventuellement de préférence à une ordonnance de référé, obtenir une saisie-arrêt du montant de la garantie? Notre réponse est négative. Deux arguments sont invoqués: un premier d'ordre procédural affirme l'absence de créance actuelle dans le chef du saisissant. Faute de créance contre le bénéficiaire, le donneur d'ordre ne peut saisir la créance du bénéficiaire. En effet, quelle serait la créance invoquée par le donneur d'ordre? Il ne pourrait s'agir que de la créance éventuelle en dommages et intérêts dont le donneur d'ordre disposera suite à l'appel abusif du bénéficiaire. Un tel appel constitue en effet une violation du contrat de base et doit permettre une action en dommages et intérêts s'il y a paiement bancaire. La créance en dommages et intérêts n'est donc pas née au moment de la saisie. Certes, on reconnaît qu'une créance éventuelle peut constituer dans la plupart des droits étudiés (65) un fondement suffisant pour la saisie, mais il faut ajouter que cette créance simplement éventuelle ne naîtra pas s'il y a saisie. Dès lors, « la saisie-arrêt, en vertu d'une créance que précisément on cherche à empêcher de naître est impensable » (66).

Certains auteurs (67) opposent au premier argument son caractère artificiel. Selon eux, un principe certain de créance dans le chef du saisissant existe dès l'appel manifestement abusif à la garantie et justifie dès lors la saisie-arrêt (68). Cette objection, même si elle devait être reçue,

(65) Hormis en droit suisse (à ce propos, les réflexions de Döhm, art. cité, n. 63 qui affirme que de ce fait, la saisie-arrêt est impensable en Suisse dans cette hypothèse).

(66) POULLET Y., art. cit., D.P.C.I., 1979, 302; PLEYER M., art. cit., W.M., 1973, S.B. 2, 26; VON METTENHEIM H., art. cit., RIW/AWD, 1981, 587 et 588; VON WESTPHALEN F., *Rechtsproblem der Exportfinanzierung*, 2^e éd., 193; du même auteur, *Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr*, op. cit., 303 à 311.

(67) ADEN M., *Der Arrest in der Auszahlungsanspruch des Garantiebegünstigten durch den Garantie-Auftraggeber*, RIW/AWD, 1981, 441 in fine et 442; MAZZONI A., op. cit., 303: « En ce qui concerne en particulier la prétendue impossibilité logique de la saisie-arrêt en raison du défaut d'une créance actionnable, l'argument est subtil mais non décisif »; DÖHM J., art. cit., n. 58 à 61.

(68) Ainsi Vincent et Prevaut (Les voies d'exécution, Paris, 1974, 50) estiment que les juges des saisies « peut tenir compte simplement de condamnation susceptibles d'être prononcées contre le débiteur ».

Cf. aussi Stranart (Saisies-arrêts en banque. Conf. citée, 37 et les références citées

ne suffirait cependant pas à valider la saisie-arrêt en cas d'appel abusif. Un second argument contre la validité d'une telle saisie-arrêt peut être invoqué. Lorsque l'appel du bénéficiaire est abusif — c'est l'hypothèse examinée — la saisie-arrêt n'est pas possible à défaut de créance saisissable. En effet, le bénéficiaire en cas d'appel abusif n'a pas droit au paiement de la garantie et le donneur d'ordre ne peut prétendre saisir une créance dont il conteste précisément l'existence. En cas d'appel abusif, il nous semble dès lors que seule une demande en référé constatant le non droit du bénéficiaire au paiement est possible.

Une décision allemande inédite citée par von Westphalen (69) reproduit ce second argument. Il s'agissait également d'une demande de saisie-arrêt relative à une garantie d'exécution. La garantie appelée, le donneur d'ordre prétendait avoir bien exécuté ses engagements. Le Landsgerecht de Francfort après avoir noté qu'une telle demande allait à l'encontre de l'esprit même du contrat, ajoute:

« Pour que le saisissant puisse faire valoir une créance, il devrait démontrer que l'hypothèse pour laquelle la garantie a été consentie n'est pas arrivée (hypothèse de la fraude manifeste du bénéficiaire). A supposer qu'il le démontre, cela reviendrait pour lui à affirmer que la créance qu'il cherche à saisir, n'existe pas ».

26. On retrouve là les conclusions déjà dégagées par certaine doctrine allemande à propos du crédit documentaire (supra n. 16). Elles soulignent la différence fondamentale entre la procédure du référé et celle de la saisie-arrêt.

L'octroi d'un référé suppose en effet que la demande du bénéficiaire soit illégitime, en d'autres termes, qu'il n'a pas droit au paiement de la garantie (70); à l'inverse, dans la saisie-arrêt, le donneur d'ordre ne conteste pas le droit du bénéficiaire au paiement de la garantie. Au contraire, c'est dans la mesure où ce droit existe, c'est dans la mesure où, selon l'expression du tribunal de grande instance de Paris (supra n. 18), le donneur d'ordre en fait « l'assiette de la mesure conservatoire prati-

note 85): « Il en va de même de la créance éventuelle: on admet généralement qu'elle puisse être saisie, à condition toutefois qu'elle existe, au moins "en germe" ou "dans son principe" au moment de la saisie, ou qu'elle ait une "vocation à l'existence résultant d'un contrat ou d'un fait antérieur à la saisie" ».

(69) L.G. Francfort 24 juin 1980, cité et approuvé par von Westphalen (*Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr*, Heidelberg, 1982, 311).

(70) Cf. déjà notre raisonnement énoncé supra n. 16 et la référence (note 53-bis) aux réflexions de M. de Leval.

quée », que le juge pourra ordonner saisie de la créance, objet de ce droit. Il le fait alors au nom de l'existence d'une autre créance que le donneur d'ordre possède par ailleurs contre le bénéficiaire, soit une créance totalement étrangère à l'opération garantie, soit la créance du donneur d'ordre vis à vis du bénéficiaire relative au paiement du prix.

B. L'hypothèse de la créance extérieure à la prestation garantie

27. Faut-il restreindre le domaine de la saisie-arrêt au point de l'exclure dans l'hypothèse où elle se fonde sur une créance extérieure à la prestation garantie?

Certains auteurs répondent affirmativement. On recontre deux arguments à l'appui de cette position:

1) La saisie arrêt est contraire au sens même de la garantie à premier demande;

2) La saisie-arrêt est l'antichambre de la compensation.

La première objection s'énonce comme suit:

« la saisie-arrêt est contraire au sens même de la garantie à première demande » (71); « Elle est, en effet, un moyen de réaliser l'interférence du rapport principal sur la garantie, interférence exclue par la volonté des parties » (72). Toute clause de garantie comporterait une renonciation à l'exercice de la saisie-arrêt (73), renonciation valable parce que « spéciale, limitée, restreinte à l'exercice de telle ou telle prérogative déterminée » (74).

La réponse à cette objection s'appuie sur l'interprétation de la volonté des parties.

(71) Vasseur M., note sous Trib. gde inst. Paris, 13 mai 1980 *J.C.P.*, 1981, éd. C.I., 333: « Admettre la saisie-arrêt correspond à mettre entre les mains du donneur d'ordre, avec la complicité du juge, un stratagème destiné à contourner les engagements qu'il a pris ». Comp. TANDEAU DE MARSAC X., *Le paiement et ses garanties dans la vente internationale de marchandises*, D.P.C.I., 1980, n. 1.

(72) Cabrillac et Rives-Langes J.L., obs. sous Trib. gde inst. Paris, 13 mai 1980, *R.T.D. comm.*, 1981, 124. Les auteurs parlent à ce propos d'abus de procédure.

(73) Vasseur M., note citée, *J.C.P.*, 1981, éd. C.I., 333.

(74) Comp. GAVALDA C. et STOUFFLET J., art. cit., *R.T.D. comm.*, 1980, 16; SIMONT L., *Questions susceptibles de se poser lors de l'appel d'une garantie bancaire automatique, Les garanties dans les contrats internationaux, Actes du Colloque de Tours*, Paris, 1981, 490: « L'engagement du donneur d'ordre de ne pas pratiquer saisie-arrêt sur la créance dont le bénéficiaire est titulaire à l'encontre du banquier émetteur de la garantie nous paraît valable. Rien ne s'oppose en effet à ce que le donneur d'ordre qui pourrait renoncer à sa créance envers le bénéficiaire se prive valablement du droit de pratiquer une saisie pour sûreté de sa créance, sur un des éléments du patrimoine de son débiteur ».

Il est exact que la clause de garantie emporte renonciation par le donneur d'ordre à invoquer en justice les exceptions relatives à la prestation garantie, mais peut-on déduire de la clause une renonciation plus complète, en particulier, le créancier renonce-t-il à invoquer d'autres créances que celles relatives à la dite prestation? A priori, sauf stipulation expresse, il ne semble pas que la partie de la clause soit telle.

28. La saisie-arrêt, avons-nous dit, peut se fonder sur deux types de créances extérieures à l'obligation garantie, c'est-à-dire à l'obligation relative à la prestation de faire de l'exportateur (cf. schéma au n° 6). Dans la première, la créance du saisissant est extérieure au marché à propos duquel la garantie est émise, elle se fonde sur une relation d'affaires distincte qu'exportateur et importateur entretiennent par ailleurs. Dans la seconde, la créance du saisissant, sans être extérieure au marché concerné, est cependant au sens strict extérieure à la prestation garantie, puisqu'elle concerne la prestation de faire, c'est-à-dire la prestation en paiement du prix due cette fois par l'importateur.

Mouly ne retient comme fondement de la saisie de la garantie que la première hypothèse. Faut-il conclure à sa suite que la clause de garantie automatique si elle n'emporte pas renonciation à invoquer la créance née d'un autre marché (1ère hypothèse), entraîne par contre « renonciation à toute saisie-arrêt qui reposerait sur une créance issue du même rapport contractuel » (77), en particulier la créance en paiement du prix (2e hypothèse).

Il a été fréquemment affirmé que la clause de garantie automatique était, dans nombre de contrats internationaux, la contrepartie de clauses de paiement particulièrement rigoureuses. C'est dans la mesure où l'importateur accepte de couvrir les risques liés à l'exécution de la prestation de paiement, que l'exportateur, à son tour, prend en charge les risques liés à l'exécution d'une prestation de faire. Dès lors la clause de garantie

(75) MOULY C., *Sûretés et garanties de paiement, Chronique J.C.P.*, 1981, éd. C.I. I, 10109, n. 21.

(76) Ce qui sous-entend qu'une clause claire pourrait interdire valablement la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique (en faveur, SIMONT L., *op. cit.*, 490; CABRILLAC et RIVES-LANGE, obs. citée, *R.T.D. comm.*, 1980, 124; contra, GAVALDA C. et STOUFFLET J., art. cit., *R.T.D. comm.*, 1980, 16).

(77) CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J.L., obs. cit., *R.T.D. comm.*, 1981, 124.

Comp. MOULY C., art. cit., *loc. cit.*: « ... Nous sommes en revanche, ajoute l'auteur, plus réservés (à admettre la saisie-arrêt) lorsque la créance invoquée et la dette garantie sont toutes deux nées du même rapport contractuel ».

automatique ne nous paraît pas entraîner du moins a priori, renonciation à invoquer par saisie-arrêt les retards ou défauts de paiement du bénéficiaire de la garantie. La demande de saisie-arrêt, dans cette hypothèse, reste absolument conforme à l'équilibre d'intérêts mis en place par le contrat de base. Elle suppose évidemment que la créance invoquée par le donneur d'ordre contre l'importateur bénéficiaire soit certaine, exigible et liquide.

29. A propos de la seconde hypothèse que nous venons d'évoquer, une autre objection à la validité de la saisie-arrêt est parfois soulevée. La saisie-arrêt est, dit-on, l'« antichambre de la compensation ». Or, la garantie automatique exclut — quoique rarement expressément — l'exception de compensation que le donneur d'ordre pourrait opposer au bénéficiaire (78).

La clause de garantie automatique exclurait donc indirectement son préalable: la saisie-arrêt. A cette objection, on peut répondre que si la saisie-arrêt de la créance née de la garantie automatique peut effectivement aboutir à la compensation, ce mode d'extinction de la dette n'est cependant pas l'effet recherché par le saisissant. Ce que veut celui-ci, c'est le respect de l'équilibre et de la réciprocité des prestations. Simple-ment au droit non contesté du bénéficiaire, le donneur d'ordre de la garantie oppose sa créance certaine en paiement du prix non pour interdire le paiement bancaire mais simplement pour empêcher le bénéficiaire de disposer des sommes. En conséquence, même s'il ne peut reprocher à la banque de débiter son compte (79), il se trouve néanmoins en position favorable lors de la reprise des discussions avec le bénéficiaire au cours desquelles il obtiendra éventuellement l'extinction des créances réciproques. Dans l'attente, ce que le donneur d'ordre recherche, c'est l'exécution en sa faveur de la prestation du bénéficiaire, à savoir le paiement du prix en échange de sa propre prestation, et non leur extinction que la compensation aurait permis et opéré d'office. Ainsi nous ne pouvons suivre Cabrillac et Rives-Lange (80) qui considéraient la saisie-ar-

(78) Généralement, il s'agit d'une clause générale de renonciation à toutes les exceptions du contrat en question.

(79) ...au cas où cette dernière devrait consigner la somme saisie auprès d'un tiers on à un autre compte.

(80) CABRILLAC et RIVES-LANGE, *obs. sous Trib. gde inst. Paris, 13 mai 1980, R.T.D. comm.*, 1981, 124: « Un tel résultat ne fait-il pas apparaître que la saisie-arrêt ici détournée de sa finalité normale? Qu'elle n'est pas exercée la prérogative attachée à sa créance pour contraindre le débiteur à l'exécution, mais seulement comme le moyen de

rêt de la garantie au nom de la créance en paiement du prix comme un abus de procédure.

30. En conclusion, la saisie-arrêt par le donneur d'ord de la créance du bénéficiaire née de l'émission de la garantie est à admettre lorsque le donneur d'ordre invoque à l'encontre du bénéficiaire soit la créance « certaine, liquide et exigible » (81) née d'une opération commerciale différente de celle à l'origine de la garantie (82), soit la créance « certaine, liquide et exigible » en paiement du prix contrepartie de la prestation, objet de la garantie (83).

31. Ces conclusions peuvent-elles s'appliquer dans le cas où intervient une seconde banque? Comme en matière de crédit documentaire, il est nécessaire de distinguer l'hypothèse où la seconde banque prend un réel engagement et émet elle-même la garantie, et celle où son rôle se borne à notifier l'émission de la garantie. Dans la première hypothèse, dite de la garantie indirecte, la saisie-arrêt auprès de la banque contre-garante est impensable. En effet, c'est la banque garante et non le bénéficiaire qui est le créancier de la banque contre-garante. L'objection est dirimante. S'il peut exister une créance du donneur d'ordre saissant contre le bénéficiaire, la créance saisie ne concerne pas les mêmes personnes dans la mesure où la demande du garant est une demande propre. Le droit du garant au paiement de la contre-garantie ne peut donc être l'objet d'une saisie (84). Reste éventuellement la possibilité pour le donneur d'ordre de saisir-arrêter la créance née de la garantie directement

réaliser l'interférence du rapport principal sur la garantie, interférence exclue par la volonté des parties? ».

(81) Cf. à propos des qualités de la créance qui doit servir de base à une saisie-arrêt, *supra* n. 4.

(82) Cette première conclusion est admise par de nombreux auteurs. A cet égard, notamm. MOULY C., *Sûretés et garanties de paiement, Chron., J.C.P.*, 1981, éd. C. et I., I, 10131, n. 21; von WESTPHALEN F., *Die Bankgarantien im internationalen Handelsverkehr, op. cit.*, 310.

(83) La créance en paiement du prix sera certaine, liquide et exigible lorsque le contrat commercial met en place des mécanismes abstraits de paiement, lettres de change irrévocables, crédits documentaires, acceptations bancaires, etc.

(84) En ce sens, von WESTPHALEN F., *op. cit.*, 312; VASSEUR M., *note sous Trib. gde inst. Paris 13 mai 1980, J.C.P.*, 1981, éd. C.I., 13552, n. 12 in fine.

auprès du garant si la procédure du pays du garant lui ouvre une telle possibilité (85).

Lorsque la seconde banque agit simplement comme banque notificatrice ou comme « Local Mediator » banque (86), le bénéficiaire ne dispose le droit que contre la banque du donneur d'ordre. Le donneur d'ordre pourra dès lors obtenir la saisie auprès de son banquier, émetteur de la garantie ». Ces solutions, on le voit, confirment nos conclusions relatives au crédit documentaire confirmé ou simplement notifié (cfr. *supra* n. 17).

Conclusion finales

32. Dégageons brièvement les conclusions de notre étude:

1) Le donneur d'ordre du crédit documentaire ou d'une garantie de paiement à première demande peut saisir-arrêter la créance du bénéficiaire dans le seul cas où il invoque contre ce bénéficiaire une créance fondée sur un rapport différent de celui à l'origine du crédit documentaire. Cette saisie-arrêt opère auprès du banquier apéritur sauf en cas de crédit documentaire confirmé lorsque la demande de paiement à lieu auprès du banquier confirmateur.

2) Le donneur d'ordre des autres types de garanties peut saisir-arrêter la créance du bénéficiaire à la fois dans l'hypothèse déjà décrite en ce qui concerne le crédit documentaire et dans celle où le donneur d'ordre peut exhiber d'une créance certaine, liquide et exigible en paiement du prix de la prestation, objet de la garantie. La saisie s'opère auprès du banquier émetteur de la garantie, elle ne peut être réalisée auprès du banquier contregarant.

Ces conclusions s'appuient sur l'analyse de la fonction économique des deux institutions dans l'ensemble de l'opération commerciale internationale. Ainsi si les domaines de la saisie-arrêt en matière de crédit documentaire et de garantie automatique ne se confondent pas, le principe de l'octroi de la saisie reste le même dans les deux institutions. En effet, le saisissant, donneur d'ordre du crédit documentaire ou de la garantie automatique, n'obtiendra saisie que dans la mesure où il ne conteste pas

(85) Rappelons en effet que les ordres juridiques anglo-saxons ne connaissent pas la procédure de saisie-arrêt.

(86) Sur les différents modes d'intervention de la banque locale, notre rapport au colloque de Tours, *op. cit.*, 24.

le droit du bénéficiaire, c'est en cela que le domaine de la saisie ne peut se confondre avec le domaine du référé, réservé dans les deux institutions aux hypothèses d'abus manifeste (87).

YVES POULLET
Chargé de cours à la Faculté
de Droit de Namur

(87) Dira-t-on que le domaine du référé en matière de crédit documentaire est identique à celui proposé en matière de garantie automatique? La réponse sera nuancée. Certes, dans les deux cas, il ne peut y avoir lieu à référé que dans la mesure où il y a abus manifeste mais si, en matière de crédit documentaire, la présence de documents, présupposant l'absence d'abus, oblige le juge à n'accueillir la preuve de l'abus que dans des cas extrêmes, en matière de garantie automatique, l'absence de documents permet au juge d'accueillir plus largement la preuve de l'abus manifeste du bénéficiaire (Sur cette distinction, notre démonstration, in l'abstraction de la garantie automatique, *Thèse*, Louvain-La-Neuve, 1982, n. 356 et s. (à paraître) et les nombreux exemples d'interprétation extensive de la notion d'abus manifeste en matière de garantie bancaire in La jurisprudence récente relatives aux garanties bancaires dans les contrats internationaux, B.B. e. Tit. di Cred., 1982, et la garantie bancaire automatique: Présentation de quelques décisions récentes, J.C.B., 1982, I, 648 et s.